

Die Liberalisierung und Deregulierung der Strom- und Gasversorgung: Eine Reform vor der Entgleisung?

Kühne, Gunther

Veröffentlicht in:
Jahrbuch 2008 der Braunschweigischen
Wissenschaftlichen Gesellschaft, S.43-60



J. Cramer Verlag, Braunschweig

Die Liberalisierung und Deregulierung der Strom- und Gasversorgung: Eine Reform vor der Entgleisung?*

GUNTHER KÜHNE

Institut für deutsches und internationales Berg- und Energierecht,
Technische Universität Clausthal, Arnold-Sommerfeld-Str. 6,
D-38678 Clausthal-Zellerfeld

I. Einleitung

Über die vergangenen gut 10 Jahre hinweg haben wir sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene eine sich stetig beschleunigende Abfolge immer neuer Gesetzgebungsakte und sonstiger Regelungen für die leitungsgebundene Energieversorgung, d.h. für die Strom- und Gasversorgung, durchlaufen: in *Europa* die 1. Generation der europäischen Binnenmarkt-Richtlinien für Strom (1996)¹ und für Gas (1998)² und sodann die 2. Generation vom Juni 2003 für Strom und für Gas³. Die 3. Generation, auch als 3. Liberalisierungspaket bezeichnet, befindet sich bereits im Endstadium der Beratungen und soll in der 1. Jahreshälfte 2009 endgültig verabschiedet werden. In *Deutschland* sind es das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) 1998⁴, dessen kurzlebige und fehlgeschlagene Novellierung von 2003⁵, sodann das neue – und jetzt noch geltende – EnWG 2005⁶ sowie inzwischen eine Fülle von Rechtsverordnungen – jeweils getrennt für Strom und Gas: Netzanschlußverordnungen, Netzzugangsverordnungen, Netzentgeltverordnungen, neuestens darunter die am 01.01.2009 wirksam gewordene Anreizregulierungsverordnung⁷, um nur die bekanntesten

* Überarbeitete und durch Fußnoten ergänzte Fassung des am 12.07.2008 vor der Plenarversammlung der Braunschweigischen Wissenschaftlichen Gesellschaft gehaltenen Vortrages.

¹ Amtsblatt (ABl.) Nr. L 27 v. 30.01.1997, S. 20 ff.

² ABl. Nr. L 204 v. 21.07.1998, S. 1 ff.

³ ABl. Nr. L 176 v. 15.07.2003, S. 37 ff.(Strom); ABl. Nr. L 176 v. 15.07.2003, S. 57 ff. (Gas). Inoffiziell werden die beiden Richtlinien auch als „Beschleunigungsrichtlinien“ bezeichnet.

⁴ Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1998 I, S. 730. Siehe dazu: *Kühne/Scholtka*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 1902 ff.

⁵ BGBl. 2003 I S. 686; dazu *Kühne/Brodowski*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2003, S. 769 ff.

⁶ BGBl. 2005 I S. 1970; dazu *Kühne/Brodowski*, NVwZ 2005, S. 849 ff.

⁷ Vgl. unten Fn. 29 und den dazugehörigen Text.

zu nennen. Um Sinn oder auch Unsinn all dieser Regelungen, die in ihrer Gesamtheit das ausmachen, was man den rechtlichen Ordnungsrahmen der leitungsgebundenen Energiewirtschaft nennt, zu erfassen, muß man sich vorab die Grundfrage stellen: Bedarf es für die Strom- und Gasversorgung überhaupt eines eigenständigen rechtlichen Ordnungsrahmens und wenn ja, aus welchem Grunde? Was unterscheidet Produktion, Transport und Vertrieb von Strom und Gas von der Herstellung, dem Transport und dem Vertrieb anderer Waren wie etwa Zahnpasta, Kinderspielzeug, Möbel, Maschinen? Hier gibt es ja auch keinen eigenständigen rechtlichen Ordnungsrahmen, den man Zahnpasta- oder Möbelrecht nennen könnte.

Vertrieb und Transport von Waren unterstehen üblicherweise dem allgemeinen rechtlichen Ordnungsrahmen. Dessen Mittelpunkt bildet das allgemeine Vertragsrecht einschließlich des Kauf- und Werkvertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) mit seinen Spezialausprägungen im Handelsgesetzbuch (HGB). Hier kommt dem Grundsatz der Privatautonomie (Vertragsfreiheit) maßgebende Bedeutung zu. Die Sicherung des für unser Wirtschaftssystem prägenden, auch verfassungsrechtlich verankerten⁸ Wettbewerbsprinzips gegenüber Verfälschungen und Mißbräuchen seitens der Marktteilnehmer ist die Aufgabe des Kartellrechts und der mit dessen Anwendung betrauten Kartellbehörden. Welche Gründe sind es dann, die für die Herausbildung eines eigenen Energie(wirtschafts)rechts verantwortlich sind?

II. Besonderheiten der Strom- und Gasversorgung

Gegenüber der Versorgung der Bürger mit den meisten übrigen Waren unterliegt die Versorgung mit Strom und Gas zwei Besonderheiten: der *Gemeinwohlbezogenheit* und der *Leitungsgebundenheit*.

- Strom- und Gasversorgung sind in *besonderer Weise gemeinwohlbezogen*. Eine sichere, preisgünstige und – in neuerer Zeit auch – umweltverträgliche Versorgung der Privathaushalte und Unternehmen mit Strom und Gas gehört zu den Grundvoraussetzungen eines funktionierenden Gemeinwesens, für deren Vorhandensein den Staat jedenfalls eine Gewährleistungsverantwortung trifft⁹, was die Frage der Art der Wahrnehmung dieser Aufgabe im einzelnen noch

⁸ Über das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), dessen Schutzbereich nicht nur den persönlichen Lebensbereich, sondern auch die wirtschaftliche Betätigung umfaßt, so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. z.B. BVerfGE 25, 371 ff. (407).

⁹ Vgl. statt vieler: Ehlers/Pünder, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 2000, § 4 Rdnr. 11.

offen läßt. Das BVerfG hat in ständiger Rechtsprechung die Sicherung der Energieversorgung als „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ bezeichnet¹⁰.

- Was die *Leitungsgebundenheit* angeht, so bezeichnet dieser Begriff die technisch-physikalische Tatsache, daß die Strom- und die Gasversorgung nur über Leitungen erfolgen können. Dies führt innerhalb der Wertschöpfungskette Produktion – Transport – Vertrieb auf der Transportstufe zu einer ökonomischen Anomalie: Während wir bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen im allgemeinen davon ausgehen, daß diese Funktion am besten, d.h. effizientesten und preisgünstigsten, über möglichst viele Angebotswettbewerber wahrgenommen wird, gilt diese Annahme bei solchen Transportleitungen nicht: Es wäre ökonomisch unsinnig, wenn alle Anbieter von Strom und Gas konkurrierende Leitungssysteme zu bauen und zu unterhalten hätten, von den ökologischen Folgen einmal ganz abgesehen. Die optimale Funktionserfüllung erfolgt hier gerade im Monopol. Deswegen nennt man solche Leitungssysteme auch sog. natürliche Monopole¹¹, deren Ausübung durch staatliche Regelungen gemeinwohlverträglich gemacht werden muß.

III. Die überkommene Monopolstruktur, insbesondere in Deutschland (Energiewirtschaftsgesetz 1935)

Diese beiden Grundgegebenheiten – Gemeinwohlbezogenheit, Leitungsgebundenheit – haben traditionell den Ordnungsrahmen der Strom- und Gasversorgung nicht nur in Deutschland auf allen Wertschöpfungsstufen der Versorgungskette (Produktion/Import, Transport, Vertrieb) geprägt.

In *Deutschland* ist der Aspekt der Gemeinwohlbezogenheit durch das EnWG 1935 abgearbeitet worden: Dem Staat wurden danach umfangreiche Genehmigungsvorbehalte, so z.B. für die Aufnahme der öffentlichen Energieversorgung, ferner Untersagungsbefugnisse bei gemeinwohlunverträglichen Investitionen oder Stilllegungen sowie bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Versorgungsaufgabe zuerkannt. Obwohl das EnWG 1935 auf der Monopolstruktur der Versorgungswirtschaft beruhte, wurde der Aspekt des Leitungsmonopols instrumentell auf andere Weise abgearbeitet: Und zwar über zwei Arten vertraglicher Konstruktionen, die *Konzessions-* und die *Demarkationsverträge*. Über *Konzessionsverträge* liessen sich Versorgungsunternehmen von Gemeinden das *ausschließliche* Recht zur Verlegung und Unterhaltung von Versorgungslei-

¹⁰ BVerfGE 30, 292 ff. (323 f.); vgl. auch BVerfGE 66, 248 ff. (258).

¹¹ Vgl. dazu *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2008, S. 15 ff.

tungen unter öffentlichen Straßen und Plätzen einräumen. Über *Demarkationsverträge* verpflichteten sich Versorgungsunternehmen wechselseitig, im Gebiet des jeweils anderen Unternehmens eine Versorgungstätigkeit zu unterlassen. Diese Vertragspraxis war 1958 mit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes problematisch geworden, da diese Vertragsarten eindeutig Verstöße gegen das Kartellverbot darstellten. Man löste seinerzeit das Problem durch eine Ausnahmenvorschrift im Kartellgesetz¹². So war Deutschland im 20. Jahrhundert über Jahrzehnte von einem Gitternetz von lokalen und teilweise regionalen Versorgungsmonopolen über alle Wertschöpfungsstufen der Versorgungstätigkeit hinweg überzogen¹³.

In anderen Ländern herrschte ebenfalls die Monopolstruktur, wenn auch in anderer Form wie z.B. in *Frankreich* und *Italien*, wo durch Gesetz staatliche Monopolgeseellschaften mit der Versorgungsaufgabe betraut wurden.

IV. Historische Entwicklung der Liberalisierungsbewegung seit den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts

Wie kam es nun zur Öffnung der Energiemärkte für den Wettbewerb und damit zur Veränderung eines über Jahrzehnte eingespielten Ordnungsrahmens? Verantwortlich hierfür war ein Zusammenspiel wirtschaftspolitischer sowie industrie- und europapolitischer Gesichtspunkte nicht nur im Energiesektor, sondern bei allen netzgebundenen Wirtschaftszweigen.

1. Nach den wirtschaftlich schwierigen 70er Jahren (Ölkrise!) waren zu Beginn der 80er Jahre in den USA und Großbritannien Kräfte an die Regierung gekommen – personifiziert durch Ronald Reagan und Margaret Thatcher –, die sich von der Öffnung der sog. regulierten Wirtschaftsbereiche die *Hebung volkswirtschaftlicher Effizienzen* versprachen und diese Auffassung auch durch wettbewerbsfördernde Deregulierungspolitik in die Tat umsetzten. Diese Entwicklungen kamen der Europäischen Kommission gerade recht, als sie sich ihrerseits Mitte der 80er Jahre im Zeichen der Politik der Vollendung des Binnenmarktes – Gemeinsame Europäische Akte 1986 – die Wirtschaftsbereiche vornahm, die nicht nur innerstaatlich monopolistisch strukturiert und reguliert, sondern auch zwischenstaatlich gegeneinander abgeschottet waren und so das genaue Gegenteil eines europäischen Binnenmarktes darstellten.

2. *Industriepolitisch* kam ferner hinzu, daß die globale Wettbewerbsfähigkeit der *europäischen Industrie* als Folge der Einführung von Wettbewerb im Strom-

¹² § 103 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Kartellgesetz).

¹³ Vgl. dazu *Theobald/Theobald*, aaO. (Fn. 11), S. 30 f.

und Gasbereich gestärkt werden sollte. Dies galt in besonderem Maße für Deutschland, wo die Energiepreise als verhältnismäßig hoch und damit für Industrieansiedlungen abschreckend galten. Bekannt geworden waren insbesondere Klagen von BASF bei der EG-Kommission, daß das Unternehmen durch das deutsche System der Gebietsmonopole gezwungen war, die hohen Strompreise seines Gebietsversorgers RWE zu bezahlen und statt dessen nicht die Möglichkeit hatte, billigeren Atomstrom aus Frankreich zu beziehen¹⁴. Die Beschwerden von BASF hatten durchaus greifbaren juristischen Hintergrund. Hierzu muß man wissen, daß das europäische Kartellrecht im EG-Vertrag, das bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung kommt, anders als das deutsche Recht nie eine Ausnahmenvorschrift zugunsten der Strom- und Gaswirtschaft gekannt hat¹⁵.

Bei Betrachtung der Liberalisierungs- und Deregulierungsbestrebungen ist schließlich zu beachten, daß die Versorgungswirtschaft nur ein Glied innerhalb des Geleitzuges der *Liberalisierungsbestrebungen in allen netzgebundenen Infrastrukturwirtschaftszweigen*¹⁶ bildet. Hierzu gehören die Post, die Telekommunikation, die Eisenbahnen und die Wasserversorgung. Die EU-Kommission hat auf den meisten dieser Gebiete seit den frühen 90er Jahren in Schüben von Richtlinien Liberalisierungsreformen in Gang gesetzt. Dabei nimmt der Energiesektor eine Mittelposition ein. Am weitesten vorangeschritten ist die Umgestaltung bei der Telekommunikation. Schlußlicht der Entwicklung ist die Wasserversorgung, wo die Ansätze der Kommission bisher nicht zu Ergebnissen geführt haben. Der Ordnungsrahmen der Wasserversorgung ist nach wie vor durch „wasserdichte“ Gebietsmonopole geprägt. Hintergrund dieses Zurückhängens ist vor allem die alles beherrschende Sorge, daß durch Einführung von Wettbewerb in der Wasserversorgung die Trinkwasserqualität leiden könnte. Ungeachtet des unterschiedlichen Entwicklungsstandes der Liberalisierungsbewegung in den einzelnen Netzwirtschaftssektoren ist bei dessen Betrachtung immer der Querblick zu den anderen Bereichen erforderlich. Es ist kein verwaltungstechnischer Zufall, daß inzwischen in Gestalt der Bundesnetzagentur eine Behörde existiert, welche die Zuständigkeiten für Strom und Gas, Post, Telekommunikation und Eisenbahn in sich vereinigt. Und auch innerhalb der deutschen Reformbestrebungen ist diese Quersicht schon früh vorhanden gewesen, wenn man etwa an die Vorschläge der Deregulierungskommission aus den 90er Jahren denkt, die ebenfalls auf eine Liberalisierung und Deregulierung nicht

¹⁴ Aus der deutschen Stromerzeugungsperspektive war damals eine „Überflutung“ Deutschlands mit französischem Strom befürchtet worden, vgl. B. Börner, Frankreichstrom nach Deutschland ?, 1990.

¹⁵ Die Art. 81, 82 EG-Vertrag sind grundsätzlich auf alle Wirtschaftszweige anwendbar.

¹⁶ Vgl. dazu Theobald/Theobald, aaO. (Fn. 11), S. 17 ff., 20 ff.

nur des Energiesektors, sondern auch anderer monopolistisch organisierter Wirtschaftszweige abzielten. Bei einer solchen Querbetrachtung ist allerdings Vorsicht geboten. Eine undifferenzierte Kopierung von Entwicklungen in den einzelnen Sektoren untereinander kann zu Enttäuschungen und Verzerrungen führen¹⁷.

V. Die Periode der 1. Generation der Binnenmarkt-Richtlinien Strom (1996) und Gas (1998): Der Netzzugang als Kartellrechtsproblem

Mit der 1. EU-Richtliniengeneration 1996 (Strom) und 1998 (Gas) traten die Reformbestrebungen in das Stadium rechtlicher Verbindlichmachung für die EU-Mitgliedstaaten ein. Diese 1. Generation der Richtlinien war – wie es eigentlich die Bestimmung von Richtlinien ist – offen und flexibel angelegt. Den Mitgliedstaaten wurden Ziele vorgegeben, bei der Wahl der Instrumente innerhalb ihrer eigenen Wirtschaftsrechtsordnungen jedoch verhältnismäßig weiter Spielraum gelassen: Verbindliche Vorgabe nur stufenweiser und unvollständiger Marktöffnung, alternative Zulassung des regulierten und des verhandelten Netzzugangs, verbindliche Vorgabe nur der rechnungslegungsmäßigen Entbündelung der wettbewerblichen Wertschöpfungsstufen (Produktion, Vertrieb) vom Transport-(Leitungs-)Monopol¹⁸. Vor welchen Grundfragen stand nun der deutsche Gesetzgeber im Jahre 1998 bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben in deutsches Recht?

1. Es war klar, daß die rechtliche Absicherung der Monopole – kartellrechtliche Freistellung der Konzessions- und Demarkationsverträge (§§ 103 ff. GWB) – aufgehoben werden mußte.
2. Ungeachtet der Aufhebung der rechtlichen Absicherung des Leitungsmonopols besteht dieses jedoch als sog. natürliches Monopol weiter. Seine Auflösung über das Entstehen konkurrierender Leitungssysteme ist auch zu keinem Zeitpunkt zu erwarten gewesen. Wohl sind einzelne Stichleitungen zu lukrativen (Industrie-) Abnehmern denkbar. Auch hat schon in den 90er Jahren Wintershall in Konkurrenz zu Ruhrgas eine eigene Gasfernleitung gebaut. Insgesamt gesehen war und ist mit einem Abbau des natürlichen Leitungsmonopols im Strom- und Gasmarkt jedoch nicht zu rechnen, auch nicht durch technische Entwicklungen. Genau dies ist der Unterschied zum Telekom-

¹⁷ Der 66. Deutsche Juristentag hat im Jahre 2006 den Gesetzgeber aufgefordert, eine übergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts in Angriff zu nehmen, vgl. den Tagungsbericht in JZ 2007, 230 ff. (238).

¹⁸ Vgl. dazu *Theobald/Theobald*, aaO. (Fn. 11), S. 49 ff. (Strom), 54 f. (Gas).

munikationsbereich. Parallel zu den Liberalisierungsbestrebungen ist dort das natürliche Netzmonopol durch technische Entwicklungen (Mobilfunk) überwunden worden. Die Vorstellungen, auch im Energiebereich könnten sich Preissenkungen wie im Telekommunikationsbereich ergeben, beruhen z.T. auf der Verkenntung dieses Unterschieds.

3. Das vom Gesetzgeber zu lösende *Kardinalproblem* war und ist das des *Netzzugangs* konkurrierender Strom-/Gasanbieter zu dem einen Monopolnetz, da solche Anbieter nur über dieses Netz an Abnehmer herankommen. Die Lösung der Zugangsfrage erfordert eine Trennung der Stufen der Wertschöpfungskette in die Wettbewerbsbereiche Erzeugung und Vertrieb einerseits und den unentrinnbaren Leitungsmonopolbereich andererseits. Wettbewerb hat nur dann Sinn, wenn er unverfälscht und unverzerrt ist. Gerade dies ist allerdings bei der überkommenen vertikal integrierten Unternehmensstruktur der Versorgungswirtschaft nicht gewährleistet: Sie vereinigt in sich die Wettbewerbsbereiche und den Monopolbereich der Leitung. Die Gefahr, daß diese Unternehmen ihren Leitungsflaschenhals zur Bevorzugung der eigenen Wettbewerbsbereiche unter Diskriminierung von Konkurrenten nutzen, ist sehr groß. Der Gesetzgeber muß daher Instrumente zur Erzwingung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs von Lieferkonkurrenten entwickeln und vorhalten. Zur Gewährleistung eines solchen diskriminierungsfreien Netzzugangs für konkurrierende Strom- und Gaslieferanten gibt es grundsätzlich zwei Wege, die in den Binnenmarkt-Richtlinien 1996/1998 bereits vorgezeichnet sind:

- Man kann den am Netzzugang Beteiligten dessen Aushandlung nach den Regeln des bürgerlichen Vertragsrechts überlassen¹⁹ und eventuelles mißbräuchliches Verhalten des Netzbetreibers (Zugangsverweigerung oder Zugangsgewährung nur zu unangemessenen Bedingungen) mit den Mitteln des *Kartellrechts* unter dem Stichwort „Mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ – ein Monopol ist der klarste Fall einer solchen – bekämpfen (sog. verhandelter Netzzugang). § 19 Abs. 4, insbesondere Nr. 4, GWB enthält dafür die Grundlage.

- Als Alternative dazu kann man dem Staat die Befugnis zu hoheitlicher Regelung der Netzzugangsbedingungen sowie zu behördlicher Kontrolle von deren Einhaltung zuweisen (sog. geregelter Netzzugang). Dies ist der Weg der sog. *Regulierung*.

¹⁹ §§ 6, 6a EnWG 1998/2003 sahen einen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machenden Anspruch auf Abschluß eines Netzzugangsvertrages vor.

Eine besonders herausgehobene und umkämpfte Rolle unter den Netzzugangsbedingungen kam natürlich den *Netzzugangsentgelten* zu. Bei deren Festlegung steht dem Staat rechtlich nur ein enger Zielkorridor zur Verfügung: Sie müssen einerseits auskömmlich sein – andernfalls verstoßen sie gegen die verfassungsrechtliche Garantie des Eigentums der Netzbetreiber und gegen das Postulat der Versorgungssicherheit –, andererseits so niedrig sein, daß der Wettbewerb und die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten der Energielieferanten gewahrt bleiben.

Zusätzlich zur Regelung des Netzzugangs war im Interesse der Herbeiführung eines unverzerrten Wettbewerbs auf den Wettbewerbsstufen eine getrennte *Rechnungslegung* der Sparten vorzusehen, um insbesondere Wettbewerbsverzerrungen in den Wettbewerbsbereichen durch Quersubventionierung aus dem Monopolleitungsbereich zu unterbinden.

Der Gesetzgeber des Jahre 1998 hatte sich bis in das Jahr 2003²⁰ hinein – anders als alle anderen EU-Mitgliedstaaten – für den verhandelten Netzzugang mit dem Schwerpunkt reiner Kartellkontrolle entschieden. Hierfür waren vor allem wirtschaftspolitische Grundauffassungen verantwortlich – das EnWG 1998 war noch in der Amtszeit der Regierung Kohl unter dem FDP-Wirtschaftsminister *Rexrodt* verabschiedet worden. Man hatte gerade eine neue Behörde für Post und Telekommunikation errichtet und fürchtete weitere bürokratische Institutionen insbesondere in einem Wirtschaftszweig mit etwa 1800 kontrollunterworfenen Strom- und Gasversorgungsunternehmen. Der Verzicht auf staatliche Vorgaben und Regulierungseingriffe bedeutete, daß die Netzzugangsbedingungen, insbesondere die Netzzugangsentgelte, nur unverbindlich durch die beteiligten Verbände²¹ und erst danach durch kartellbehördliche Entscheidungen und Gerichtsurteile verbindlich für den Einzelfall festgelegt wurden.

Diese Unzuträglichkeiten, die auf europäischer Ebene das auf kartellrechtliche Einzelfalllösungen konzentrierte deutsche Liberalisierungskonzept diskreditiert hatten, führte dann um die Jahrhundertwende in Brüssel zu neuen Überlegungen, wie man die Umgestaltung des energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmens in den Mitgliedstaaten rascher und effizienter bewerkstelligen könnte.

²⁰ Vgl. dazu *Kühne/Scholtka*, aaO. (Fn. 4) und *Kühne/Brodowski*, aaO. (Fn. 5) sowie *Theobald/Theobald*, aaO. (Fn. 11), S. 82 ff.

²¹ Dies geschah in den sog. Verbändevereinbarungen, vgl. z.B. für den Strombereich die sog. Verbändevereinbarung II plus, abgedr. im Bundesanzeiger Nr. 856 v. 08.05.2002.

VI. Wesentliche Faktoren für die Weiterentwicklung des europäischen und deutschen energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmens (2003-2005)

Bei aller Erkenntnis der Bedeutung des diskriminierungsfreien Netzzugangs als des Herzstücks der Liberalisierung begann man um das Jahr 2000 zumindest zu ahnen, daß die Liberalisierung in Übereinstimmung nicht nur mit dem Postulat der Preiswürdigkeit, sondern mit allen Gemeinwohlzielen, also auch der Versorgungssicherheit und der Umweltverträglichkeit, gebracht werden mußte. Man fing also an, die Energieversorgung wieder systemhaft zu denken. Die 1. Generation der Richtlinien wie auch das deutsche EnWG 1998 hatte neben der Preiswürdigkeit die spezifisch energiewirtschaftlichen Zielsetzungen kaum in den Blick genommen. Man sah das Netz statisch als vorhanden an und verwies die Umweltverträglichkeit in den abgetrennten Bereich der finanziellen Förderung nach dem Erneuerbare Energien-Gesetz (EEG) und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG). Im übrigen herrschte die Vorstellung vor, der Wettbewerb werde seine segensreiche Wirkung auch hinsichtlich dieser anderen Ziele entfalten. Die nunmehr ab ca. 2000/2001 einsetzende breitere Sicht kann an vier Aspekten sichtbar gemacht werden: der Versorgungssicherheit, der Umweltverträglichkeit, dem Kartellrecht und seiner funktionellen Begrenztheit sowie dem Mangel grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten.

1. Versorgungssicherheit

Schlagartig unterstrich dieser Aspekt mit den Stromausfällen in Kalifornien 2001 und im Rekordsommer 2003 in Europa seinen Rang als wesentliches Leitprinzip der Energiewirtschaft. Herkömmlich unterteilt man die Versorgungssicherheit in die technische Sicherheit und die Bedarfsdeckungssicherheit. In Monopolzeiten hatte man keine sonderlichen Probleme damit. Die technische Sicherheit war bei den Ingenieuren in guten Händen („Dem Ingenieur ist nichts zu schwör“). Die Abschätzung des zukünftigen Strombedarfs bereitete im Monopol angesichts des festen Abnehmerstammes auch keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Im Gasbereich sorgten die Kaufleute für Bedarfsdeckungssicherheit wie etwa durch langfristige Lieferverträge zwischen Ruhrgas und der Sowjetunion oder Norwegen schon seit den 70er Jahren. Die Abstimmung zwischen den Kapazitätsebenen der Erzeugung/des Imports und des Transports (Netzebene) bereitete wegen des identischen Monopolisten auch keine großen Schwierigkeiten. Die Koordinationsaufgaben zwischen den Wertschöpfungsstufen Erzeugung (Beschaffung), Netztransport und Vertrieb lagen in den Händen des einen Monopolisten. In einem liberalisierten Strom- und Gasversorgungssystem ist das aufgrund der damit verbundenen Trennung der Wertschöpfungsstufen grundlegend anders. Die Verantwortung für die Funktionsfä-

higkeit der einzelnen Wertschöpfungsstufen liegt hier bei unterschiedlichen Trägern, deren Aufgabenwahrnehmung im Interesse der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems aufeinander abgestimmt werden muß, z.B. die Kraftwerkskapazitäten zur Stromerzeugung und die Netzkapazitäten für den Stromtransport. Wegen der Nichtspeicherbarkeit von Strom und damit der Gleichzeitigkeit von Erzeugung und Verbrauch ist diese Koordination von existentieller Bedeutung für das Gesamtsystem. Bei *Gas* ist dieser Aspekt etwas entspannter zu sehen im Hinblick auf dessen Speicherbarkeit. Große Untergrundspeicher in ausgeförderten Erdgaslagerstätten oder Salzkavernen sind daher in ihrer Eigenschaft als Puffer zwischen Gasbeschaffung und Gasverbrauch gerade in einem liberalisierten Gasversorgungssystem hochgradig notwendig und dementsprechend gesucht, von ihrer Funktion als Absicherung gegen Lieferausfälle etwa beim Import aus Rußland einmal ganz abgesehen²². Neben die rein technische Anlagensicherheit und die Bedarfsdeckungssicherheit ist im Zuge der Liberalisierung ein entscheidender dritter Aspekt getreten, nämlich etwas, was man *Systemsicherheit* nennen kann: die Gewährleistung des reibungslosen Ineinandergreifens der Teilaspekte der Versorgungstätigkeit²³.

2. Umweltverträglichkeit

Seit den 90er Jahren ist es erklärtes Ziel der Energie- und Umweltpolitik der verschiedenen Bundesregierungen, den Anteil regenerativ erzeugten Stroms – hier nenne ich stellvertretend nur die Windkraft – an der Gesamtstromerzeugung zu erhöhen. Nach dem noch heute geltenden System versucht man dieses Ziel dadurch zu erreichen, daß die Netzbetreiber von Gesetzes wegen zur Aufnahme des regenerativ erzeugten Stroms und gleichzeitig zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet sind, die über den Marktpreis hinaus einen Subventionsanteil umfaßt. Dies hat in der Tat zu einer spürbaren Steigerung des Öko-Stroms an der Gesamtstromerzeugung geführt. Die noch ehrgeizigeren energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierungen seit Beginn des Jahrhunderts haben diesen Trend noch verstärkt und werden dies im Zeichen des Atomausstiegs und des zunehmenden Widerstandes gegen Kohlekraftwerke noch weiter tun. Lange Zeit ist dieses Fördersystem in kritischen Betrachtungen ganz überwiegend nur im Hinblick auf die finanziellen Belastungen wahrgenommen worden, die es unmittelbar für die etablierten Versorgungsunternehmen und vor allem – wegen der in das System eingebauten Weiterwälzungsmechanismen – für die industri-

22 Dies haben die Auseinandersetzungen zwischen Rußland und der Ukraine zu Beginn des Jahres 2009 wieder einmal sehr deutlich gemacht.

23 Vgl. dazu *Kühne* in: J. Chr. Pielow (Hrsg.), Sicherheit in der Energiewirtschaft – in memoriam P.J. Tettinger, 2007, S. 129 ff., insbes. 131 ff.

ellen Stromabnehmer und privaten Haushalte verursacht. Erst in neuerer Zeit treten die mittelbaren Belastungen für das gesamte Versorgungssystem in Erscheinung. Sie ergeben sich daraus, daß zum einen der Wind nun einmal sehr unregelmäßig und schwer vorhersagbar weht, zum anderen ein sicheres Stromversorgungssystem auf gleichmäßige Spannungshaltung angewiesen ist. Dies führt zu permanent notwendiger kurzfristiger Zufuhr von Ausgleichs- und Regelenergie aus konventionellen Kraftwerken. Des weiteren ist zu berücksichtigen, daß der Windstrom an der Küste erzeugt wird, die Verbrauchszentren aber im Westen und Süden Deutschlands liegen. Dies bedeutet, daß für den Stromtransport von Norden nach Süden mittlerweile erhebliche Netzverstärkungen erforderlich sind. Dies wird in Zukunft noch wesentlich zunehmen, wenn sich die Windstromerzeugung schwerpunktmäßig auf die Offshore-Windparks vor der deutschen Küste konzentrieren wird. All dies zeigt, daß die Verschiebung der Stromerzeugung hin zu den regenerativen Energien mittlerweile aufs engste mit der Transport(Netz-)ebene verbunden ist²⁴.

3. Kartellrecht und seine funktionelle Begrenztheit

In den vergangenen Jahren wurde zunehmend klarer, daß die Umgestaltung des energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmens mit den Mitteln des *Kartellrechts* nicht gelingen konnte. Hierfür sind vor allem zwei Gründe verantwortlich:

- Das Kartellrecht hat seine wesentliche Aufgabe darin, Verhaltensweisen von Marktteilnehmern zu verhindern, die gegen die Regeln eines unverzerrten Wettbewerbs verstoßen, also z.B. Preiskartelle, wettbewerbsschädliche Unternehmenszusammenschlüsse. Verstöße werden im Einzelfall insbesondere von den Kartellbehörden, die insoweit als eine Art Wettbewerbspolizei fungieren, geahndet und sanktioniert (z.B. durch Bußgelder). Das Kartellrecht trifft Vorkehrungen gegen Verstöße bei jedenfalls systemhaft vorhandenem Wettbewerb. Bei der Umgestaltung des energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmens geht es jedoch nicht um die Ahndung von Verstößen im Einzelfall, sondern darum, in den Wettbewerbsbereichen Wettbewerb überhaupt erst zu schaffen und innerhalb des verbleibenden Netzmonopols durch Setzung genereller Maßstäbe ein Verhalten des Netzbetreibers zu erwirken, welches den Grundsätzen entspricht, die bei gedachtem Wettbewerb wirksam wären (sog. Konzept des Als-Ob-Wettbewerbs).

²⁴ Vgl. dazu aus technischer Sicht *Beck/Springmann*, Jahrbuch der BWG 2007, 2008, S. 69 ff. (73 ff.). Nicht ohne Grund befindet sich ein Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze in Vorbereitung.

- Das Kartellrecht ist fast ausschließlich auf das Wettbewerbsziel ausgerichtet. Die soeben geschilderten, immer deutlicher gewordenen Rückwirkungen der Marktöffnung auf das gesamte Versorgungssystem, welche der Erfassung in Rechtsregeln bedürfen, können durch das Wettbewerbsrecht nicht bewältigt werden. Hierzu bedarf es eines übergreifenden, auf die Ordnung des Gesamtsystems angelegten Rechtsrahmens. Dies ist dann das auch in anderen Netzwirtschaftssektoren mittlerweile entstandene *Regulierungsrecht*²⁵.

4. Der Mangel grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten

Wie bereits hervorgehoben, ist die Liberalisierung der Energiemärkte ganz wesentlich eine europäische Veranstaltung, die im Zeichen der Schaffung eines europäischen Binnenmarktes für Energie steht. Dazu gehört, daß sich Haushalts- und Industrieverbraucher im Inland von ausländischen Anbietern, aber auch grenzüberschreitend von Versorgern aus dem Ausland wie etwa BASF in dem eingangs geschilderten Fall versorgen lassen können. Im ersten Fall haben wir sichtbare Fortschritte gemacht, wenn man an die Bedeutung des schwedischen Unternehmens Vattenfall oder zumindest teilweise die Beteiligung der EdF an dem deutschen Unternehmen Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) denkt. Im zweiten Falle sind die Fortschritte dagegen kaum erkennbar. Hintergrund ist die Tatsache, daß infolge der traditionellen Abschottung der Märkte entlang den nationalen Grenzen die Grenzkuppelstellen und damit die Übertragungskapazitäten stark defizitär sind. Um eine grenzüberschreitende Wahl des Energieversorgers zu ermöglichen, bedarf es eines erheblichen Ausbaus dieser Kapazitäten wie auch der Beseitigung weiterer Hindernisse.

VII. Zentrale Elemente der Binnenmarkt-Richtlinien Strom und Gas 2003 und des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) 2005

Vor dem Hintergrund der soeben dargelegten vier Faktoren haben der europäische Gesetzgeber durch Inkraftsetzung der 2. Generation der Binnenmarkt-Richtlinien Strom und Gas 2003 und der deutsche Gesetzgeber durch Erlass des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) 2005 den energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmen in wesentlichen Teilen, insbesondere dem Bereich des Netzmonopols (Netzzugang, Netznutzungsentgelte), neu gestaltet. Die dabei eingeschlagene

²⁵ Vgl. Fn. 17. Zum Verhältnis von Kartellrecht und Regulierung neuestens umfassend Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften – Zur Frage der Herausbildung eines eigenständigen Netzwirtschaftsrechts, 2008.

Richtung läßt sich mit dem Schlagwort „Vom Kartellrecht zur Regulierung“ kennzeichnen.

1. Die Binnenmarkt-Richtlinien Strom und Gas 2003

Die 2. Generation der Binnenmarkt-Richtlinien Strom und Gas von 2003²⁶ atmet einen deutlich anderen Geist als ihre Vorgängerinnen von 1996/98²⁷. Sie schreibt den Mitgliedstaaten zahlreiche verbindliche Vorgaben vor: Vollständige Marktöffnung spätestens zum 01.07.2007, ausschließliche Zulassung des regulierten Netzzugangs und damit Verbot des bis dahin in Deutschland praktizierten verhandelten Netzzugangs, Festlegung der Aufgaben der Netzbetreiber, stark erweiterte Entflechtungsregelungen, Schaffung von Regulierungsbehörden mit straffen aufsichtlichen Eingriffsbefugnissen. Die Probleme des grenzüberschreitenden Strom- und Gashandels hat die EU mit den Verordnungen über den grenzüberschreitenden Stromhandel von 2003 und über den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen von 2005 in Angriff genommen.

2. Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) 2005

- Das EnWG 2005²⁸ spiegelt schon rein äußerlich in weit stärkerem Maße einen dirigistisch-regulativen Geist wider als sein Vorgänger. Die Zahl der Vorschriften ist größenordnungsmäßig von ca. 25 auf ca. 125 Paragraphen mit z.T. verstörend zahlreichen und umfangreichen Absätzen angestiegen. Aus rechtsstaatlichen Gründen müssen Regulierungsregelungen allerdings aber wohl in Deutschland auch etwas detaillierter ausfallen als in anderen Ländern. Regulierungsregelungen sind nämlich in aller Regel für die unterworfenen Unternehmen belastende, in Grundrechte wie Berufsfreiheit und Eigentum eingreifende staatliche Maßnahmen, die einer hinreichend klar umschriebenen gesetzlichen Grundlage bedürfen. Bisher nicht gekannte Vorschriften z.B. über die Systemverantwortung von Netzbetreibern zeigen die zuvor dargelegte Relevanz der Marktöffnung für das Gesamtsystem. Das Gesetz selbst regelt jetzt in Verbindung mit zusätzlichen Verordnungen den Netzanschluß und den Netzzugang konkurrierender Lieferanten zum Netz. Insbesondere beim Gas stellen sich hier

²⁶ Angabe der Fundstelle in Fn. 3.

²⁷ Vgl. zum Perspektivenwandel schon in den Entwürfen z.B. *Kühne*, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2002, S. 257 ff.

²⁸ Angabe der Fundstelle in Fn. 6.

noch komplexere Probleme als beim Strom, weil bei Gas tatsächlich Materie – dazu noch in unterschiedlicher Qualität und Richtung – durch die Leitungen fließt. Die Ergebnisse der Öffnung der Gasmärkte sind denn auch bislang deutlich hinter denen der Strommarktöffnung zurückgeblieben.

- In Zeiten hoher und weiter steigender Preise sind natürlich die *Netznutzungsentgelte* von besonderem Interesse, die aber nur ca. 33 % des Strom- und 25 % des Gas-Endpreises ausmachen. Da das Netz nach wie vor ein Monopol ist, kann es auf der Wertschöpfungsstufe des Transports auch keinen Wettbewerb geben. Nach klassischer energiewirtschaftlicher Monopolpreisfindung galt hier das Cost plus-Prinzip: die entstandenen Kosten zuzüglich einer Gewinnmarge ergaben den Preis. Man kann aber Wettbewerb simulieren und wettbewerbsanaloge Preise anstreben. Dementsprechend hat das Gesetz bei der Preisfindung statt auf Ist-Kosten auf Soll-Kosten abgestellt: Es können nur die Kosten in Rechnung gestellt werden, die auch bei Zugrundelegung des Maßstabes eines effizienten Netzbetreibers entstanden wären. Aufgrund dieser Umstellung haben in den vergangenen zwei Jahren die Regulierungsbehörden z.T. erhebliche Kürzungen der von den Netzbetreibern beantragten Netznutzungsentgelte durchgesetzt, die sich allerdings, bezogen auf den Gesamtstrom-/Gaspreis, verhältnismäßig bescheiden ausnehmen.

Indes ist eine behördliche Kostenprüfung anhand eines gedachten Maßstabes mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Dies hat den Gesetzgeber veranlaßt, zum 01.01.2009 zu einem anderen System – der sog. *Anreizregulierung*²⁹ – überzugehen: Den Netzbetreibern wird für eine bestimmte Zeit³⁰ unter Berücksichtigung eines Datenkranzes, z.B. eines angenommenen Produktionsfortschritts oder einer Inflationsrate unter Verwendung sog. Benchmarks ein nach einer hochkomplizierten Formel errechneter Erlöspfad vorgegeben. Diesen Erlöspfad können sie einhalten, aber auch übertreffen. Tun sie letzteres, etwa durch über den Annahmen liegende Kosteneinsparungen, so dürfen sie dadurch entstehende Mehrgewinne behalten. Der tiefere Sinn liegt darin, sie zu veranlassen, Ineffizienzen in ihren eigenen Unternehmen selbst aufzudecken und zu beseitigen. Das Behaltendürfen der Mehrgewinne stellt dabei die Belohnung („Anreiz“regulierung) dar. Soviel Charme diesem System auf den ersten Blick auch innewohnen mag, so offenkundig sind die Gefahren. Senkt nämlich der Netzbetreiber seine Kosten zum Zwecke der Gewinnsteigerung im Übermaße, so kann dies zu Lasten der Qualität der Netze, etwa bei übermäßiger Ausdehnung der Wartungsintervalle, gehen und damit das Ziel der Versorgungssicherheit

²⁹ Anreizregulierungsverordnung v. 29.10.2007, BGBl. I 2529, dazu *Theobald/Theobald*, aaO. (Fn. 11), S. 243 ff.

³⁰ Die Regulierungsperioden dauern, differenziert nach Strom/Gas, fünf bzw. vier Jahre.

gefährden. Die Preisregulierung muß daher gleichsam von unten durch eine sog. Qualitätsregulierung, d.h. durch Setzung von verbindlichen Qualitätsstandards für Netze, ergänzt werden. Dieser Komplex macht zwei Dinge deutlich:

- Die Netzentgeltregulierung wandelt auf einem engen Korridor zwischen den Zielen der Preiswürdigkeit (tendenziell niedrigere Entgelte) und der Versorgungssicherheit (tendenziell höhere Entgelte);
- Staatliche Eingriffe in Unternehmen haben wegen der durch sie ausgelösten verhaltenslenkenden Wirkung die Tendenz, weitere Regulierungen zu provozieren. Dieses Phänomen kennt man aus planwirtschaftlichen Systemen.
- Eine solche Folgeregulierung stellt letztlich auch die durch die Trennung der Wertschöpfungsstufen erzwungene *Entflechtungsregelung*³¹ dar. Hier hat das EnWG 2005 entsprechend den EU-Vorgaben zusätzlich zur rechnungslegungsmäßigen Entflechtung die informationelle (Wahrung der Vertraulichkeit von Informationen im Verhältnis zwischen Netzbetrieb und Vertrieb in vertikal integrierten Unternehmen), operationeller (z.B. Verbot der Tätigkeit von leitenden Konzernmitarbeitern sowohl im Netz- als auch im Vertriebsbereich) und rechtlicher Entflechtung (Zwang zur Errichtung getrennter rechtlicher Einheiten für Netzbetrieb und Vertrieb) vorgeschrieben. Es liegt auf der Hand, daß die behördlichen Kontrollmöglichkeiten einzelner dieser Entflechtungsvarianten, insbesondere der informationellen Entflechtung, sehr begrenzt sind.

VIII. EU-Vorschläge für ein 3. Liberalisierungspaket

Genau diese – teils wirklichen, teils angeblichen – Defizite haben die *EU-Kommission* im September 2007³² veranlaßt, Vorschläge für ein weiteres 3. *Liberalisierungspaket* vorzulegen, die seit langem die sich mit strukturellen Ordnungsfragen in der Strom- und Gaswirtschaft beschäftigenden Kreise umtreiben. Sie konzentrieren sich auf zwei Komplexe: die eigentumsrechtliche Entflechtung der großen vertikal integrierten Versorgungsunternehmen und die Einrichtung einer EG-Energieaufsichtsbehörde.

1. Was die *Entflechtung* angeht, vertritt die Kommission die Auffassung, daß wegen der von ihr noch immer diagnostizierten Behinderung des Wettbewerbs auf den Strom- und Gasmärkten durch die vertikal integrierten Konzerne mit Übertragungs- und Fernleitungsnetzen (in Deutschland: E.ON, RWE, EnBW, Vattenfall) diese nunmehr eigentumsrechtlich zu entflechten sind, was dann

³¹ Vgl. dazu ebenfalls *Theobald/Theobald*, aaO. (Fn. 11), S. 297 ff.

³² Mitteilung KOM (2007) 531 endg.

publizistisch auch „Zerschlagung“ genannt wird³³. Die Unternehmen müssen sich danach von ihrer Netzsparte trennen, d.h. sie verkaufen. In Voraussicht der zu erwartenden massiven Widerstände etwa aus Deutschland, auch aus juristischer Sicht – Eigentumsschutz, Enteignung? – hat die Kommission ein milderer Alternativmodell gleich mitgeliefert, nämlich den sog. ISO, Independent System Operator. Danach bleiben die Unternehmen zwar Eigentümer der Netze, haben aber nichts mehr zu sagen, weil sie die Verfügungsgewalt auf einen unabhängigen Treuhänder übertragen müssen. Einige Mitgliedstaaten, darunter vor allem Deutschland, haben Vorschläge für einen sog. Dritten Weg gemacht, der den Unternehmen das Eigentum und einige Funktionen seiner Ausübung belassen, bei anderen jedoch die Regulierungsbehörde als neutralisierende Instanz einschalten will. Während der EU-Ministerrat den Mitgliedstaaten die Wahl unter diesen Möglichkeiten anheimgeben will, tritt das EU-Parlament eher für ein strenges Ownership Unbundling ein. Eine Lösung soll im 1. Halbjahr 2009 gefunden werden.

2. Etwas im Windschatten der Entflechtungsdiskussion hat die EU-Kommission ferner eine weitere Verschärfung der *Regulierungsaufsicht* vorgeschlagen. So soll durch Verordnung eine „Agentur für Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden“ der Mitgliedstaaten eingerichtet werden. Damit wäre dann der seit langem vorausgesehene und überwiegend auch befürchtete europäische Regulator Wirklichkeit³⁴.

IX. Einschätzung des gegenwärtigen Entwicklungsstandes

Bei einer abschließenden Bewertung der Entwicklung und ihres jetzt erreichten Standes muß man die beiden Elemente des Themas – Liberalisierung und Deregulierung – auseinanderhalten.

1. Der Einfachheit halber sei mit dem *Deregulierungsziel* begonnen. Dieses ist eindeutig verfehlt worden. Wir haben inzwischen eine in Monopolzeiten nie gekannte Regulierungsdichte erreicht. Insoweit ist der Zug bereits entgleist. Die anfängliche Vorstellung, man brauche nur die Monopolstruktur der Strom- und Gasversorgung aufzuheben und könne sie dann dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterstellen, wie noch der Regierungsentwurf zum EnWG 1998 glaubte, war naiv. Die Auswirkungen der Marktöffnung auf das gesamte

³³ Die Vorschläge werfen eine Fülle von Fragen des grundrechtlichen Eigentumsschutzes nach europäischem und deutschem Recht auf. Aus der reichen Literatur vgl. nur *Mayen/Karpenstein*, RdE 2008, 33 ff.

³⁴ Zu den Verschärfungen des Aufsichtsinstrumentariums vgl. nur *Ehrlicke*, RdE 2008, 159 ff., und *Lecheler*, RdE 2008, 167 ff.

Energieversorgungssystem und der dadurch entstehende normative Regelungsbedarf sind massiv unterschätzt worden, obwohl schon in der Anfangszeit einzelne Stimmen darauf hingewiesen hatten, daß Deregulierung bei unvollkommenen Märkten einen nicht unerheblichen Bedarf an Re-Regulierung erzeugte³⁵.

2. Hinsichtlich des *Liberalisierungsziels* fällt eine Beurteilung schwerer. Liberalisierung ist ein anderes Wort für die Einführung von Wettbewerb. Dieser kann sich auf mehreren Parametern abspielen. Besonders bedeutsam sind Preis und Qualität. Bei Strom und Gas handelt es sich – trotz etwas gequält wirkender Werbeversuche mit „gelbem“ Strom – um ein homogenes Massengut. Dabei kommt fast nur der Preiswettbewerb in Betracht. Wie steht es damit? Insoweit muß man wiederum zwischen dem Netzmonopolbereich, wo nur simulierter Wettbewerb möglich ist, und den Wettbewerbsbereichen unterscheiden.

Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die Tätigkeit der Regulierungsbehörden unter Führung der Bundesnetzagentur durch die Anlegung wettbewerbsanaloger Maßstäbe bei der Netzentgeltfestsetzung zur Aufdeckung zahlreicher unternehmerischer Ineffizienzen und demgemäß auch zu Preissenkungen bei den Netzentgelten geführt hat. Allerdings sind hier Grenzen dadurch gesetzt, daß Investitionen in Netze attraktiv bleiben müssen. Wenn die Verkaufsabsichten von E.ON (Stromnetz), RWE (Gasnetz) und Vattenfall (Stromnetz) so zu deuten wären, daß der Netzbetrieb unternehmerisch mittlerweile unattraktiv ist, so wäre das ein beunruhigendes Zeichen.

Für die Wettbewerbsbereiche muß man zunächst feststellen, daß neben den Netzentgelten ca. 40 % als Bestandteil des Stromendpreises auf die staatlich auferlegten Abgaben (EEG, KWKG) und schließlich der danach verbleibende Anteil auf die Erzeugungs- und Beschaffungskosten entfällt. An den staatlichen Abgaben, die im übrigen stetig gestiegen sind, kann der Markt nichts ändern. Es bleiben also die unternehmensseitig veranlaßten Kosten. Hier wird vorherrschend dem Oligopol aus E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall – sie vereinigen 80 % der Stromerzeugungskapazitäten – der Vorwurf gemacht, aufgrund dieser Strukturen ein Hindernis für Wettbewerb zu sein. Selbst unter hochrenommierten Ökonomen gibt es dazu allerdings sehr divergierende Auffassungen³⁶. Der Gesetzgeber durch Verschärfung der Preismißbrauchsaufsicht im

³⁵ Vgl. Kühne, in: Baur (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft und das Recht der leitungsgebundenen Energie, 1993, S. 105 ff. (109 f.).

³⁶ So verneint Ockenfels einen signifikanten Zusammenhang zwischen oligopolistischer Marktvermachtung und wettbewerbsdefizitärer Preisüberhöhung, vgl. Ockenfels, Handelsblatt v. 17.03.2008, S. 2 („Der Markt fährt gegen die Wand“) und in: Löwer (Hrsg.), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt, Bonn University Press, 2008, S. 9 ff. (25).

Kartellrecht und die Gerichte durch Anwendung des § 315 BGB (Billigkeitskontrolle) haben mit mäßigem Erfolg versucht, Preisüberhöhungen zu bekämpfen. Auch Versuche, durch stärkeren Zubau von Erzeugungskapazitäten das Stromangebot zu erhöhen und dadurch preisdämpfende Wirkungen zu erzielen, dürften nur begrenzt erfolgreich sein.

Angesichts der engen Abhängigkeit der Energiepreise von den vom Weltmarkt beeinflussten Erzeugungs- und Beschaffungskosten dürfte das Preisdämpfungspotential des Wettbewerbs als eher gering zu erachten sein. Setzt man dazu den enormen Koordinations- und Regulierungsaufwand, der durch deutsche Eigenheiten wie die anfängliche Vorab-Genehmigung aller Netzentgelte und die Einrichtung von Regulierungsbehörden sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene noch verschärft worden ist, ins Verhältnis, so kann man an der Verhältnismäßigkeit der ganzen Liberalisierungsbewegung gewisse Zweifel bekommen³⁷. Man kann noch nicht sagen, daß der Liberalisierungszug bereits entgleist ist. Aber wer in diesem Zug fährt, den beschleicht doch häufiger ein Gefühl, daß er aus den Gleisen springen könnte.

³⁷ Vgl. bereits *Kühne*, aaO. (Fn. 6), S. 858. *Ockenfels*, aaO. (Fn. 36), S. 26, hält die Frage des Gelingens für offen.